

令和8年（行コ）第119号

自由に不妊手術等を受けることのできる地位確認等請求控訴事件

控訴人 梶谷風音ほか4名

被控訴人 国

控訴人ら準備書面(5)
—山本健人准教授の意見書を踏まえた
憲法13条違反の主張補充—

令和8（2026）年7月3日

東京高等裁判所第16民事部ロA係 御中

控訴人ら訴訟代理人弁護士 亀石倫子

同 井桁大介

同 岡香織

同 谷口太規

同 戸田善恭

同 早坂由起子

同 太田こもも

第1 はじめに

本書面では、憲法学者である山本健人准教授の意見書（甲176。以下「山本意見書」という。）を踏まえ、控訴人らの控訴理由を補充する。

まず、原判決には、避妊の自由を憲法13条によって保障される権利であるとしながら、不妊手術を受ける権利又は自由をその保護範囲から除外した点において憲法解釈の誤りがある（控訴理由書10～22頁）。また、本件各規定は、避妊の自由の制約として正当化されない（控訴理由書37～48頁）。これらの点について、山本意見書を踏まえて主張を補充する（後記第2）。

次に、控訴人らは、当審において、「身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける自由」が憲法13条により保障されるという主張を追加した（控訴理由書22、23、52～54頁）。当該主張に関連して、山本意見書を踏まえ、本件各規定は、少なくとも「自己が望む医療を受ける自由」を制約するものであり、その制約が正当化されないことについて主張を補充する（後記第3）。

さらに、控訴人らは、当審において、控訴人河邊ら4名に対する不妊手術について、母体保護法28条の「故なく」に該当せず、同人らに対する不妊手術は制限されないという予備的主張を追加した（控訴理由書77～83頁）。この点に関連して、「故なく」は「自己が望む医療を受ける自由」を侵害しないよう憲法適合的に解釈されるべきであることについて主張を補充する（後記第4）。

第2 不妊手術を受ける権利又は自由を避妊の自由の保護範囲から除外した憲法解釈の誤り

1 原判決の判断と控訴人らの主張

原判決は、避妊の自由が保障されているとしながら、これが「直ちに特定の方法による避妊をする自由を保障しているものとは解されない」（原判決33頁）とした上で、「不妊手術を受けることが人格的生存に不可欠であるとはいいい難い」（原判決35頁）として、不妊手術を受ける権利又は自由が憲法13条により保障されていないと結論付け、正当化の審査を行わなかった。

しかし、このような判断が、①不妊手術を受けることが「子を産み育てるかどうかの意思決定の自由」として位置付けられることを看過している点（控訴理由書12～15頁）、②避妊の実現方法を避妊の自由から切り離して保護範囲から除外した点（控訴理由書15、16頁）、③それぞれ異なる特性を有する避妊方法を、侵襲性及び避妊効果という限定された尺度を用いて、不妊手術が他の避妊方法に劣ると結論付けて避妊の自由の保護範囲から除外した点（控訴理由書17、18頁）において誤りであることは、既に主張したとおりである。

この点について、山本准教授は、次のとおり指摘している。

2 山本意見書（4～13頁）における指摘

(1) 避妊の自由の位置付け

山本准教授は、まず、仙台地裁令和元年5月28日判決・判タ1461号153頁が、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」は「子を産み育てることを希望する者にとって幸福の源泉となり得ることなどに鑑みると、人格的生存の根源に関わるものであり、憲法上保障される個人の基本的権利である」と説示していることを指摘する。また、最高裁令和5年10月25日決定・民集77巻7号1792頁（特例法違憲決定）において、宇賀克也裁判官が、反対意見として「生殖に関する自己決定権であるリプロダクティブ・ライツ」も「憲法13条により保障される基本的人権と解してよい」と述べていることを指摘する。さらに、平成12年（2000年）に決定された第一次男女共同参画基本計画が「リプロダクティブ・ヘルス／ライツの中心課題にはいつ何人子供を産むか産まないかを選ぶ自由、安全で満足のいく性生活、安全な妊娠・出産、子供が健康に生まれ育つことなどが含まれて（いる）」としていることを引用する。

そして、山本准教授は、リプロダクティブ・ライツに様々な権利ないし要求が含まれているとしても、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」であれば、「その外縁及び人格的生存にとっての重要性は明確であり、憲法13条が保障する人格的生存に不可欠な権利である」と結論付けている。

その上で、山本准教授は、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」には当然に「子を産み育てないという意思決定をする権利が含まれる」とした上で、「この権利の一側面として『避妊の自由』が位置づけられる」と分析する。（以上につき、山本意見書5、6頁）

このように、憲法13条は、「避妊の自由」の前提として「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」¹を保障しており、「避妊の自由」はその一側面として位置付けられる。そして、不妊手術は、「子を産み育てないという意思決定」を生涯にわたって実効的なものとする方法の一つである。そうである以上、不妊手術を受ける自由に対する制約は、単なる避妊方法の選択に対する制約にとどまらず、「子を産み育てるかどうかを意思決定する権利」に対する制約として捉えられるべきである。

(2) 原判決における憲法上の権利の個別の実現方法を切り出した上で保護範囲から外すというアプローチの誤り

山本准教授は、避妊の自由に関する判断の原判決の第一の誤りとして、「憲法上の権利の個別の実現方法を切り出したうえで、保護範囲から外すというアプローチ」をとった点を指摘する。

山本准教授は、電柱へのビラ貼り行為について軽犯罪法違反が問われた最高裁昭和45年6月17日判決・刑集24巻6号280頁が、「たとい思想を外部に発表するための手段であつても、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは、もとより許されないところであるといわなければならない。したがって、この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であつて、右法条を憲法二一条一項に違反するものということはでき（ない）」と説示していることを引用する。そして、山本准教授は、最高裁はビラ貼りという表現手段の一つが表現の自由に含まれていることを前提として、その制限の正当化を審査していると指摘する。

¹ 原審での主張書面及び控訴理由書における「子を産み育てるかどうかを意思決定する自由」は、これと同義である。

その上で、山本准教授は、避妊方法には一長一短があり、どのような避妊方法が効果的であるかは各当事者の状況に依存することを踏まえ、「避妊の自由についても、その実現手段として様々な方法が含まれていることを前提として、特定の実現方法に何らかの制限を課す場合は、避妊の自由への国家による介入・干渉であり、当該制限の正当化の可否を判断すべきである」とする。そして、「国家は法28条により不妊手術を原則禁止としているのであるから、避妊の自由の実現方法に対する制約を認定し、その正当化の審査がなされるべきである」と結論付ける。

その理由として、山本准教授は、「保護範囲からの除外は、往々にしてその基準が不明確であり、基本権制限の正当化に対して要求される（厳格な）違憲審査を潜脱するおそれがある」ため、憲法上の権利の保護については、「『一応の』保護領域を広くとらえたうえで制限の正当化の段階で保障される範囲を確定するアプローチ」²を基本とすべきであることを指摘する。（以上につき、山本意見書7、8頁）

(3) 仮に憲法上の権利の個別の実現方法を分節するアプローチをとるとしても、本件で不妊手術を受ける権利又は自由を保護範囲から外すことを基礎付ける判断が不当である

山本准教授は、避妊の自由に関する判断の原判決の第二の誤りとして、「仮に、憲法上の権利を実現するための特定の方法を保護範囲から外すのであれば、その基準ないし説明は十分に説得的なものでなければならない」と指摘する。

原判決は、不妊手術を受ける権利又は自由を避妊の自由の一内容ではないと結論付けた理由として、①女性が主体的にとることができる避妊方法が複数存在すること、②IUDや経口避妊薬は理想的な使用状況において不妊手術よりも避妊効果が高いこと、③禁忌等によってIUDや経口避妊薬が使用できない場合は相当程度限られること、④仮に女性が主体的にとることができる避妊法が事実上不妊手術に限られるとしても男性がとることのできる避妊法も存在すること、⑤不妊手術が身体への侵襲を伴

² 甲177：小山剛『憲法上の権利の作法』〔第3版〕（尚学社、2016年）25、26頁

うものであることを挙げている。これに対し、山本准教授は、これらの理由付けは、次のとおり、「いずれも憲法上の権利の保護範囲を検討するにあたって不当な理由付けであるか、不十分な考慮に基づく理由付けである」と述べる。（以上につき、山本意見書8頁）

ア 憲法より下位の法律の規制状況を考慮している

前記①～③については、憲法上の権利の「保護領域を憲法より下位の法律から帰結してはならない」³にもかかわらず、「下位の法律である母体保護法が規制していない避妊方法——日本法のもとで容認されている避妊方法——が存在することを前提とした理由付けであって、下位の法律の規制条項を考慮して憲法上の権利の保護範囲を確定しようとするものであり不当」である（山本意見書8頁）。

イ 他者の行為に依存する権利の実現方法の存在を考慮している

前記④については、前記アと同様に、「下位の法律の規制状況を考慮する点で不当」であることに加えて、「他者の行為に依存する権利の実現方法が存在することを理由とするものでもあり、当事者自らによる実現方法が事実上まったくないのであればともかく、不妊手術という方法が現に存在する以上、当事者自身による選択可能性が優先されるのが自然である」（山本意見書8、9頁）。

ウ 身体への侵襲性は正当化審査の段階で考慮すべきである

前記⑤については、究極の身体への侵襲の一つである自殺についても議論が分かれているように、「単に身体への侵襲を伴う場合は常に憲法上の権利の保護範囲から外れるともいえない」のであり、また、生殖機能の喪失を伴うことについても「生殖機能の喪失自体は、人としての価値や尊厳にかかわるものではない」。そのため、「身体への侵襲を伴うことや生命・身体のリスクの考慮は、憲法上の権利の保護範囲の段階ではなく、正当化審査の段階で考慮することが適当である」（山本意見書9頁）。

³ 甲177（前掲小山）25頁

(4) 本件各規定による避妊の自由の制約は正当化されない

山本准教授は、特例法違憲決定の判断枠組みを参照した上で、本件各規定の目的、制約が必要とされる程度及び制約される自由の内容及び性質について次のとおり分析する（山本意見書10～13頁）。

ア 本件各規定の目的

山本准教授は、母体保護法の立法経緯を踏まえ、「本件各規定の目的が国家による出生の統制にある」と位置付けることは妥当であると述べる。そして、このような目的は「憲法上の権利を制約する上で正当な目的であるとは解され（ず）」、「この時点でその余の判断をするまでもなく、本件各規定は憲法13条に違反する」と述べる。

もともと、山本准教授は、母体保護法1条の目的及び不妊手術が身体への侵襲を伴うものであることを踏まえ、同法28条による不妊手術の原則禁止は、「一応、女性の生命健康を保護する目的をもつ」といえるとした上で、同法28条の目的を「女性の生命健康保護」とであると仮定して、さらに検討を進めている。（以上につき、山本意見書10、11頁）

イ 制約が必要とされる程度

山本准教授は、特例法違憲決定において、「違憲判断を導く際に、現在の医学水準が重要な役割を果たしており、不妊手術の原則禁止が定められた当時から格段に医学が進展していることは重要な考慮要素」とであると指摘する⁴。

その上で、山本准教授は、国民優生法や優生保護法が制定された当時と比べ、腹腔鏡手術が普及したことなどにより、不妊手術の医学的リスクが大幅に低下したことか

⁴ 特例法違憲決定は、「特例法の制定後、性同一性障害に対する医学的知見が進展し、性同一性障害を有する者の示す症状及びこれに対する治療の在り方の多様性に関する認識が一般化して段階的治療という考え方が採られなくなり、性同一性障害に対する治療として、どのような身体的治療を必要とするかは患者によって異なるものとされたことにより、必要な治療を受けたか否かは性別適合手術を受けたか否かによって決まるものではなくな（った）」ことから、「上記要件（引用者注：「生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること。」との要件）を課すことは、医学的にみて合理的関連性を欠くに至っている」と判断している。

ら⁵、「不妊手術を原則禁止とする必要性は低減している」と評価する。（以上につき、山本意見書11、12頁）

ウ 制約される自由の内容及び性質

山本准教授は、「避妊の自由の実現方法にはそれぞれ一長一短があり——経口避妊薬やIUDには不妊手術にはない副作用やリスク、禁忌もあり、単純な身体への侵襲性の程度のみでリスクを測ることも適當ではない——どの避妊方法が適切であるかは当事者の状況に依存する」ため、「不妊手術による避妊を望む者は、望まない避妊方法を選択することを余儀なくされているといえ、その制約の程度を弱いものと評価することはできない」と評価する。

このような制約の内容を踏まえ、「原則禁止という弱いとは言えない制約を設けるためには、身体への侵襲性についての他の避妊方法との比較による相対的な高さではなく、原則禁止としなければならない身体への侵襲のリスクの閾値を超える必要がある」と指摘する。

しかし、不妊手術のリスクは、「医学的にコントロールされており、法28条の制定当時と比べそのリスクは相当程度低下している」。

したがって、不妊手術を原則禁止とすることは「過剰な制約」である。（以上につき、山本意見書12、13頁）

エ 本件各規定の必要性・合理性

以上の検討を踏まえて、山本准教授は、母体保護法28条は「必要かつ合理的なものということとはできない」とし、これを前提とする同法3条1項及び同法34条も同様に違憲無効であると結論付ける（山本意見書13頁）。

(5) 小括

以上のとおり、山本意見書における分析を踏まえても、原判決が避妊の自由を憲法13条によって保障される権利であるとしながら、不妊手術を受ける権利又は自由を

⁵ この点について控訴人ら準備書面(2)【不妊手術の安全性についての書面】も参照のこと。

その保護範囲から除外した点には憲法解釈に誤りがある。そして、本件各規定は、避妊の自由の制約として正当化されず、違憲である。

第3 本件各規定は「自己が望む医療を受ける自由」を制約するものであり、その制約として正当化されない

1 控訴人らの主張

控訴人らは、当審において、本件各規定が、憲法13条によって保障される「身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由」に対する侵害であるとの主張を追加した⁶（控訴理由書52～54頁）。

この点について、山本准教授が指摘する「自己が望む医療を受ける自由」も、控訴人らが主張する上記の権利又は自由を含むものである。そして、本件各規定は「自己の望む医療を受ける自由」の制約として正当化されない。以下詳述する。

2 山本意見書における指摘（山本意見書13～16頁）

(1) 憲法13条は「自己が望む医療を受ける自由」を保障する

山本准教授は、「自己が望む医療を受ける自由」は、「人格的生存に不可欠な権利」であるとする⁷。そして、山本准教授は、「医師が当該患者にとって適切と判断し、かつ、患者自身も望む医療行為が、法令によって規制されていることで実施できない状況は、この自由が制限されている典型的場面の一つである」と指摘する（山本意見書13、14頁）。

(2) 不妊手術の原則禁止は「自己が望む医療を受ける自由」の制約である

山本准教授は、性同一性障害のケースと対照し、「少なくとも、自己の身体が妊孕性を持つことへの持続的な違和・嫌悪という状態が、医学的な観点から治療を要する

⁶ なお、「身体への侵襲を伴う医療的措置を受ける権利又は自由」は、控訴人らが原審においても主張していた「身体に対する自己決定権」の一部である。

⁷ 甲178：米村滋人『医事法講義』〔第2版〕（日本評論社、2023年）19頁

レベルのものであるとすれば、法が妊孕性の制限を禁止していることは、自己の望む医療を受ける自由を制限するものということができる」とする。

また、山本准教授は、狭義の「治療」に当たらない美容整形手術なども、裁判例上「個人的、主観的な悩みを解消し、心身共に健康で快適な社会生活を送りたいとの願望」に応えていくために「社会的に有用」なものとして「医療」の一つとして承認されていることからすれば⁸、妊孕性を制限することが狭義の「治療」が必要なレベルでなかったとしても「直ちに、自己の望む医療を受ける自由に関する主張が退けられるべきものでもない」と指摘する。（以上につき、山本意見書15頁）

この指摘は、本件にも妥当する。すなわち、不妊手術は、妊孕性を制限するという身体に関する医療的措置であり、本人がこれを望み、医師が医学的に相当な術式で行う場合には、「自己が望む医療を受ける自由」の対象となる。それにもかかわらず、本件各規定は、本人の意思及び医師の医学的判断にかかわらず、不妊手術を原則として禁止することで、患者の「自己の望む医療を受ける自由」を制約している。

(3) 本件各規定による制約は正当化されない

本件各規定が必要かつ合理的なものといえないことは、控訴理由書37～48頁及び前記第2の2(4)のとおりである。

(4) 小括

以上のとおり、本件各規定は、憲法13条の保障する「自己の望む医療を受ける自由」を侵害するものであって、違憲である。

⁸ 大阪高裁平成30年11月14日判決・刑集74巻6号637頁

第4 控訴人河邊ら4名に対する不妊手術は、母体保護法28条の「故なく」に該当しない

1 控訴人らの主張

控訴人らは、当審において、予備的に、控訴人河邊ら4名に対する不妊手術は、母体保護法28条の「故なく」に該当せず、同人らに対する不妊手術は制限されない旨の主張を追加した（控訴理由書77～83頁）。

この点について、山本准教授は、次のとおり指摘している。

2 山本意見書における指摘（山本意見書16頁）

山本准教授は、憲法13条が「自己が望む医療を受ける自由」を保障していることとの関連において、母体保護法28条の「故なく」を憲法適合的に解釈すれば、まさに「自己が望む医療を受ける自由」の実現の場面である、本人の同意に基づいて医師が医療目的のために行う場合は、「故なく」に当たらないものと解するべきであると指摘する。

そして、控訴人らのように「不妊手術によって身体の妊孕性を制限することが治療等⁹の一環となる可能性がある者」に対して、「故なく」に当たるとして本件各規定を適用することは、憲法13条に違反すると指摘する。（以上につき、山本意見書16頁）

したがって、控訴人河邊ら4名に対する不妊手術は、「自己が望む医療を受ける自由」の観点からしても、母体保護法28条の「故なく」に該当せず、同人らに対する不妊手術は制限されないと解すべきである。

以上

⁹ 山本意見書15頁のとおり、医療概念は広範であり、身体の妊孕性に持続的な違和・嫌悪感を有する控訴人らの違和・嫌悪感を永続的に取り除くことで社会適応度を高めて生活の質を向上させることは、医療の目的として認められるものというべきである。